

Sygn. akt: KIO 1401/15

Sygn. akt: KIO 1403/15

WYROK
z dnia 21 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Kuciak
Członkowie:	Sylwester Kuchnio Magdalena Rams
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2015 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 lipca 2015 r. przez wykonawcę **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02 – 222 Warszawa**
- B. w dniu 2 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Creator-Comm Sp. z o.o., ul. Dolna 30A/5, 00 – 774 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Plac Teatralny 2, 87 – 100 Toruń** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. S., T. S., J. M., wspólników spółki Pixel Technology s.c. A. S., T. S., J. M., ul. Piękna 1, 93-558 Łódź**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1401/15 oraz KIO 1403/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

A. sygn. akt: KIO 1401/15

- 1. **oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02 – 222 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

B. sygn. akt: KIO 1403/15

- 1. **oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Creator-Comm Sp. z o.o., ul. Dolna 30A/5, 00 – 774 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Dostawa i wdrożenie systemów typu RIS/PACS wraz z niezbędnym sprzętem do diagnostyki obrazowej w ramach projektu e-Uslugi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych Województwa Kujawsko - Pomorskiego”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 grudnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 232-408688.

Sygn. akt: KIO 1401/15

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia oferty wykonawców zgłaszających przystąpienie (dalej „Pixel”) oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tychże wykonawców w ramach części I zamówienia, formułując następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez Pixel, która to nie zawierała tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji wskazanej w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm., dalej jako „u.z.n.k.”),
- 2) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. poprzez nieodrzućenie oferty Pixel w ramach części I (pakiet) niniejszego postępowania, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Pixel w ramach części I (pakiet) niniejszego postępowania, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak wezwania Pixel do przedstawienia wyjaśnień w zakresie błędów zawartych w formularzu cenowym w zakresie części I niniejszego postępowania lub art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie oferty złożonej przez Pixel w zw. z błędami zawartymi w formularzu ofertowym w zakresie części I niniejszego postępowania.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części I (pakietu)

niniejszego postępowania,

- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w ramach części I (pakietu),
- 3) odtajnienia oferty złożonej przez Pixel,
- 4) odrzucenia oferty złożonej w ramach części I (pakietu) niniejszego postępowania przez Pixel w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, w zakresie naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podał, iż wykonawca Pixel (dalej jako: „Wykonawca”), zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, załączając do oferty oświadczenie, w którym tenże Wykonawca wskazał, iż „*przedmiotowo wypełnione formularze*” – Odwołujący zwrócił uwagę, iż Wykonawca nie sprecyzował, do jakich konkretnie formularzy odnosi się niniejsze utajnienie - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zawarte w tymże oświadczeniu zawiera lakoniczną argumentację, która nie wyjaśnia celu utajnienia tejże dokumentacji.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z brzmieniem przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Powyższy przepis został zamieszczony w Rozdziale 2 Działu I ustawy Pzp, zatytułowanym jako *Zasady udzielania zamówień*. Zatem jawność postępowania należy uznać za zasadę o charakterze węzłowym, mającą fundamentalne znaczenie na gruncie zamówień publicznych. Zasada jawności obowiązuje w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale warto zauważyć, iż rozciąga się także na pewne czynności dokonywane przed jego wszczęciem. Przejawia się ona m.in. w publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, udostępnianiu dokumentacji postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, a także w uprawnieniu wykonawców do wglądu do ofert złożonych w postępowaniu. Wyrazem omawianej zasady jest także jawność protokołu wraz z załącznikami, a także jawność umów w sprawie zamówienia publicznego.

Dalej Odwołujący dostrzegł, iż zasada jawności nie ma charakteru absolutnego. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Rozwinięciem powyższego jest przepis ust. 3 tegoż artykułu. Zgodnie z jego brzmieniem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli

wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powyższe wskazuje, iż uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zależy od subiektywnego odczucia wykonawcy. Dana informacja może bowiem zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wówczas, gdy spełnia przesłanki wynikające z zacytowanego już przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem, ustawa Pzp - zgodnie z dyspozycją przepisu art. 8 ust. 3 - daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji zawartych w złożonych ofertach, ale tylko wtedy, gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie zaistniały podstawy dla skorzystania z wyjątku od zasady, tj. dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też, przyjęcie odmiennego stanowiska stoi w sprzeczności z aksjologią ustawową, przyznającą prymat jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, regulacje zawarte w ustawie Pzp, a dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są dość lakoniczne. Ustawodawca nie sprecyzował bowiem sposobu, czy też terminu badania skuteczności utajnienia określonych informacji. Nie ulega jednak wątpliwości, iż - biorąc pod uwagę zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także konieczność równego traktowania wykonawców i poszanowania uczciwej konkurencji - Zamawiający jest obowiązany do oceny, czy dana informacja została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Metoda tego badania, co prawda, nie została skonkretyzowana, ale nie ulega wątpliwości, iż - z uwagi na powyższe zasady - Zamawiającemu nie została tutaj przyznana pełna swoboda. Zamawiający jest bowiem każdorazowo zobowiązany do oceny skuteczności utajnienia danej informacji przy dołożeniu należytej staranności, biorąc tutaj pod uwagę stanowisko wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo. Odwołujący zauważył, że podkreślić jednak należy, iż jedną z form owego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Zamawiający nie skierował jednak do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie utajnienia przez niego znacznej części oferty. Można zatem domniemać, iż Zamawiający nie przeprowadził postępowania z należyłą starannością, a także z zachowaniem podstawowych zasad wynikających z ustawy Pzp. W uzupełnieniu powyższego, Odwołujący podniósł, że wykonawca nie może zastrzec

informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, a więc informacji odczytywanych podczas otwarcia ofert. Wobec tego, powyższy przepis stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Niemniej, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający także przy weryfikacji danych wskazanych w powyższym przepisie, powinien badać skuteczność takiego zastrzeżenia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie, obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt: III CZP 74/05. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Odwołujący podkreślił, iż utajnienie określonych informacji nie zależy od subiektywnego przekonania wykonawcy. Nie każdą bowiem informację, która w odczuciu wykonawcy powinna zostać utajniona, można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wykonawca powinien dołożyć należytej staranności w przedmiotowym zakresie, w tym powinien mieć świadomość badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niemniej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dopełnił swojego obowiązku w zakresie badania zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. *„Zaniechanie przez zamawiającego czynności wyjaśnienia podstaw objęcia dokumentów we wnioskach tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji brak sprawdzenia podstaw objęcia tajemnicą tych dokumentów, prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1409/12; KIO 1428/12). Co więcej, *„zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy o wykazanie się dowodem*

spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 528/10). Dodatkowo, *„obowiązkiem zamawiającego jest konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w istocie tak należy zakwalifikować”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 601/15).

Co więcej, na marginesie Odwołujący wskazał, że dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców zostały wskazane w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Można w tym zakresie wyróżnić dwie zasadnicze grupy, tj. dokumenty mające potwierdzić brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy oraz dokumenty mające potwierdzić spełnianie przez wykonawcę pozytywnych warunków udziału w postępowaniu. Należy przy tym zauważyć, iż - zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie - tajemnicę przedsiębiorstwa powinno się odnosić do konkretnej informacji, a nie do całej treści dokumentu. *„Powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeganie utajnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 1024/11).

Zestawiając powyższe rozważania z zastrzeżoną treścią formularzy jako tajemnica przedsiębiorstwa (których treść Odwołujący domniema na podstawie postanowień SIWZ, a więc dokumentów, jakie należało złożyć w niniejszym postępowaniu), Odwołujący podkreślił, iż dokumenty te w żadnym razie nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z naczelných zasad obowiązujących na gruncie zamówień publicznych. Zasada ta stanowi gwarancję przejrzystości działań Zamawiającego. Możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji stanowi wyjątek od powyższej reguły. *„Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 91/15). Nie ulega zatem wątpliwości, zdaniem

Odwołującego, iż odstępstwa od ogólnych zasad powinny być interpretowane w sposób ścisły - nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Wskazówka ta znajdzie także zastosowanie w odniesieniu do relacji zasada jawności - tajemnica przedsiębiorstwa. Oznacza to, iż wykonawca, przygotowując ofertę, powinien dokonać rzetelnej analizy, czy informacje, które według jego subiektywnych odczuć powinny zostać utajnione, rzeczywiście mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. *„Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. Bardzo szczegółowo należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08).

Podsumowując, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12, *„przepis art. 8 ust 1 ustawy Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. (...) Jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Przepis art. 86 ust. 4 ustawy Pzp wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario, dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.*

Niemniej, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. ”

W zakresie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaś, zgodnie z definicją czynu nieuczciwej konkurencji, o której mowa w przepisie art. 3 u.z.n.k., jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W uzupełnieniu powyższego, zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. odnosi się do klauzuli generalnej i ogólnego rozumienia czynu nieuczciwej konkurencji. Definiuje jego pojęcie za pomocą terminów prawnych o charakterze ogólnym i przy użyciu terminu dobre obyczaje, mającego charakter tzw. zwrotu niedookreślonego. Niemniej, przy dookreśleniu tego pojęcia przy pomocy przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., można wywieść skutek, iż przepis ten ma za zadanie chronić wolny dostęp do rynku, stanowiący immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej, zgodnie z którą podejmowanie i prowadzenie legalnej działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca Pixel w zakresie części I niniejszego postępowania, w formularzu ofertowym wskazał w ramach pozycji 9 i 10 cenę, której zaoferowanie uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. Pozycja 9 odnosiła się do podłączenia aparatów diagnostycznych do systemów PACS (w liczbie 7 szt.), natomiast pozycja 10 dotyczyła szkolenia wdrożeniowego dla pracowników Zamawiającego. W ocenie Odwołującego,

zarówno wycena pozycji 9, jak i pozycji 10 na poziomie 1,23 zł brutto jest wartością zdecydowanie zaniżoną. Zamawiający w wezwaniu z dnia 29 maja 2015 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień (jednak nie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a jedynie do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca przesłał wyjaśnienia, niemniej w zawartej w nich treści brak jest uzasadnienia zaoferowania tak niskiej ceny za te pozycje. Zamawiający nie doprowadził zatem do przedłożenia przez Wykonawcę rzetelnych wyjaśnień, które w sposób rzeczywisty odzwierciedlałyby sposób w obliczeniu tejże ceny.

Na marginesie Odwołujący zauważył, iż Wykonawca składając ofertę powinien uwzględnić nie tylko koszt realizacji zamówienia, ale również zysk, jaki planuje osiągnąć po skonsumowaniu umowy o zamówienie publiczne. Niewątpliwie, przy takiej wartości, jaką zaoferował Wykonawca, nie można mówić ani o realnej cenie, dzięki której Wykonawca prawidłowo wykona zamówienie, ani tym bardziej o uzyskaniu przez niego chociażby minimalnego zysku. Co więcej, w wyroku z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 517/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ziszczenie się przesłanek zawartych w dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 u.z.n.k. jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12). Tym samym, dla zastosowania podstawy prawnej wskazanej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy ustalić, czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalna na gruncie Prawa zamówień publicznych byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego należało uznać, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem ziszczyły się zarówno przesłanki wskazane w przepisie art. 3 u.z.n.k., jak i przesłanki wskazane w przepisie art. 15 ust. 1 u.z.n.k.

Nadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował, w sposób prawidłowy i dający realne potwierdzenie, iż oferta została skalkulowana na odpowiednim - dającym rękojmię rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia - poziomie. Jednocześnie Odwołujący podał, iż w pozostałych ofertach cena za realizację pozycji 9 i 10 w ramach części I została wskazana na innym (tj. wyższym) poziomie, znacznie odbiegającym od ceny zaoferowanej przez Pixel. Powyższe nie miałyby większego znaczenia, gdyby nie fakt, że zaoferowana cena to koszt 1,23 zł brutto. Dla przykładu Odwołujący podał, iż w przypadku

samych szkoleń pracowników (poz. 10) Wykonawca obowiązany jest zapewnić odpowiedni - wyspecjalizowany personel, który to przeszkoli pracowników Zamawiającego tak, by mogli korzystać z zakupionego sprzętu w sposób umiejętny. A zatem, Wykonawca obowiązany jest albo zatrudnić personel na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy albo na podstawie innej umowy (np. umowy cywilistycznej). Powyższe niewątpliwie wiązać się będzie z poniesieniem znacznych kosztów utrzymania.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, zdaniem Odwołującego, na sposób rozliczania, który został przewidziany we wzorze umowy, który to stanowi załącznik do SIWZ. W § 10 projektu umowy Zamawiający dookreślił, iż wynagrodzenie będzie płatne w częściach (tj. za każdy Pakiet osobno zrealizowany w 100%, po dokonaniu odbioru danego Pakietu - odbiór częściowy), a zatem cena za wykonanie poz. 9 i 10 to kwota 1,23 zł brutto za każdą (przy poz. 9 przemnożona przez 7 szt. urządzeń). W sytuacji, gdyby umowa została rozwiązana przed wykonaniem poz. 9 i 10, Wykonawca poniósłby „stratę” w wysokości 1,23 zł brutto za każdą pozycję, natomiast Zamawiający nie otrzymałby dwóch istotnych dla niego przedmiotów umowy. A zatem, istnieje realne ryzyko, iż Wykonawca celowo zaniżył wartości w poz. 9 i 10, aby uzyskać zamówienie, a niekoniecznie wykonać je w trakcie jego realizacji. W sytuacji bowiem, jeśli cena zaoferowana jest na poziomie rzeczywistym, obu stronom zależy na wykonaniu tejże umowy, bowiem korzyści występują po obu stronach. W tymże przypadku nie można mówić o osiągnięciu korzyści po stronie Wykonawcy w zakresie poz. 9 i 10 części I niniejszego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Wykonawca wycenił system RIS na poziomie 1230 zł brutto. Analiza innych ofert, zdaniem Odwołującego, daje podstawy do stwierdzenia, iż cena tego systemu jest znacznie wyższa. A zatem, powyższe jedynie potwierdza, w ocenie Odwołującego, iż działanie Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.03.2013 r., sygn. akt: KIO 437/13, *„ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, a więc taka, która prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego.”* Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż *„przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy; bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-1711/06).

Procedura wyjaśniania, z której Zamawiający nie skorzystał, czy cena jest rażąco

niska, ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę, w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Celem Zamawiającego powinno być zatem przestrzeganie podstawowych zasad wynikających z ustawy Pzp w zakresie przeprowadzania zamówień publicznych. A zatem, *„zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp”*, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwał Wykonawcę jedynie do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co nie jest jednoznaczne z badaniem zaoficerowanej ceny. Wskazana procedura składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny ma prowadzić do tego, iż *„przy ocenie rzetelności ceny oferty należy brać pod uwagę warunki realizacji zamówienia przewidziane w złożonej ofercie”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2014r., sygn. akt: KIO 1888/14; KIO 1896/14). Zgodnie z powyższym, Zamawiający musi mieć pewność, że zamówienie zostanie zrealizowane zgodnie z SIWZ, ale realizacja przedmiotu zamówienia zostanie dokonana w sposób należyty, zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, które zostały przedstawione w dokumentacji przetargowej. Brak zastosowania procedury (która, co należy podkreślić - jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego przywilejem), prowadzić może do wyboru oferty, która nie gwarantuje wykonania zamówienia w sposób prawidłowy.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, jak to zostało podniesione przy omówieniu naruszenia 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k., że Wykonawca zaoficerował wykonanie zamówienia w części I w poz. 9 i 10 za kwotę 1,23 zł brutto. Analiza głównych elementów rozliczeniowych złożonego w ramach oferty Wykonawcy Formularza ofertowego wskazuje, że zasadnicze znaczenie dla ceny oferty ma wysokość cen z poszczególnych pozycji wskazanych dla danej części, w tym wypadku, dla części I. A zatem, podane przez Wykonawcę ceny jednostkowe w poz. 9 i 10 dla części I stanowiąc będą o rażąco niskiej cenie wartości łącznej cen za przedmiot całego zamówienia. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 791/13, *„przepisy ustawy Pzp odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów.*

Kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny cząstkowe determinują cenę całej oferty.” Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.12.2012 roku, sygn. akt: KIO 2632/12: *„Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od Wykonawcy. (...) Zamawiający uprawniony jest do żądania od Wykonawcy wyjaśnienia ceny kalkulacji wykonania poszczególnej usługi, w szczególności w sytuacji, gdy cena ta jest kilkakrotnie niższa od ustalonych przez Zamawiającego średnich cen rynkowych. (...) To poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, bowiem każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie.*” Do tożsamego wniosku doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2061/14, gdzie orzekła, że *„co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części, czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.*” Analogicznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1561/14; KIO 1577/14, gdzie Izba wskazała, iż w sytuacji, gdy ceny jednostkowe mają wpływ na kształt ceny globalnej, powinny być weryfikowane przez Zamawiającego na mocy procedury opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak podniesiono w niniejszym odwołaniu, Zamawiający nie wykorzystał tejże procedury celem prawidłowej oceny oferty Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powziął wątpliwość co do zaoferowanej ceny, czego efektem było skierowanie wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże, wezwanie w tymże trybie nie wchodzi w zakres wezwania, o którym mowa w dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. *„Zauważyć należy, iż Zamawiający jest obowiązany żądać od Wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla Zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 257/14). Niewątpliwie, Zamawiający nie wypełnił wszystkich przesłanek w zakresie oceny złożonych ofert. Nie zastosował bowiem procedury w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej

ceny.

Z uwagi na ogólnikowy charakter wyjaśnień Wykonawcy w zakresie zaoferowanych cen jednostkowych odnośnie skalkulowania ceny systemu RIS, szkoleń pracowników i podłączenia aparatów diagnostycznych przy pomocy interfejsu oraz brak informacji, brak jest uzasadnienia, w jaki sposób okoliczności kalkulowania ceny, mają wpływ na konkretną wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający na ich podstawie powinien był uznać, iż nie obalają one domniemania o nieistnieniu rażąco niskiej ceny i powinien był skorzystać z procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, wskazać trzeba, że *„przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”* („Rażąco niska cena” - opinia prawna wydana przez Urząd Zamówień Publicznych). A zatem, w celu zapobieżenia powyższej sytuacji, ustawodawca przewidział procedurę badania złożonych ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, z której to Zamawiający w tymże postępowaniu nie skorzystał, a zatem można wnioskować, iż jego celem nie było wybranie najkorzystniejszej oferty.

W zakresie naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów z uwagi na nieprawidłową ocenę formularza ofertowego, który złożył Wykonawca Pixel. Jak podał Odwołujący, w tymże formularzu dla części I niniejszego postępowania zawarto w formie tabelarycznej zestawienie poszczególnych cen za daną pozycję wskazaną w ramach tejże części zamówienia. W formularzu Zamawiający przewidział pozycje dot.: typu, modelu/konfiguracji, ilości oferowanych sprzętów, wartości netto wyrażonej w PLN, wartości stawki VAT, wartości stawki VAT wyrażonej w PLN, a także wartość brutto wyrażonej w PLN.

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca Pixel w formularzu wycenił wszystkie urządzenia wraz z usługami, niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, wycena ta została dokonana w sposób nieprawidłowy. Wykonawca wskazał bowiem ilość oferowanych urządzeń, jednak w pozycji dotyczącej wartości netto podał cenę za jedno urządzenie, natomiast w wartości brutto kwota ta została przemnożona przez ilość oferowanych urządzeń. Powyższe prowadziło do znacznych różnic w zakresie kwoty wskazanej w wysokości netto i brutto.

Jednocześnie, można również wywieść wniosek, iż kwota netto została określona prawidłowo, a więc obejmowała całość oferowanych sprzętów, a kwota brutto została zawyżona. Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien był wyjaśnić powstałe nieścisłości w zakresie formularza ofertowego, tym bardziej, że cena stanowiła istotne kryterium przy ocenie złożonych ofert. Brak przesłania do Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie jedynie potwierdza, zdaniem Odwołującego, iż działanie Zamawiającego przy

prowadzeniu niniejszego postępowania było nierzetelne, co skłania do wniosku, iż Zamawiający prowadził postępowanie bez należytej staranności oraz bez wymaganego profesjonalizmu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale V pkt 2 ppkt 2.2 SIWZ Zamawiający wskazał na obowiązek dołączenia do oferty specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu, zawierających m.in. dane techniczne potwierdzające spełnienie przez oferowany sprzęt wymagań zamawiającego określonych w SIWZ oraz zawierających nazwę producenta oferowanego sprzętu oraz nazwy tego sprzętu wraz ze wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ) dokumentami.

W rozdziale VI pkt 12 SIWZ Zamawiający zawarł informację, że *„zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione. a. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tzn. zastrzegł składając ofertę, iż nie mogą być one udostępnione innym uczestnikom postępowania. b. Stosowne zastrzeżenie Wykonawca winien złożyć na Formularzu ofertowym. W przeciwnym razie cała oferta zostanie ujawniona na życzenie każdego uczestnika postępowania. (...) Udostępnienie ofert odbywać się będzie po złożeniu prośby skierowanej do Zamawiającego.”* (pkt 13).

Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 23 stycznia 2015 r., termin ten był kilkakrotnie zmieniany, ostatecznie termin składania ofert został ustalony na dzień 2 kwietnia 2015 r. (ogłoszenie o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu).

Wykonawca Pixel w treści Formularza ofertowego wskazał, że informacje zawarte na stronach 83-347 oraz 535-1050 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 16 pkt 10). Jednocześnie Odwołujący przedłożył wraz z ofertą *Oświadczenie* z dnia 31 stycznia 2014 r. jednego ze współników spółki Pixel o następującej treści (str. 1052-1053):

- 1) *„przedmiotowe wypełnione formularze wraz z załączoną dokumentacją zostały przygotowane w sposób zindywidualizowany, tj. powstały na potrzeby*

przedmiotowego postępowania;

- 2) według naszej najlepszej wiedzy treści zawarte w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją nie zostały wcześniej upublicznione, a Wykonawca lub inne podmioty mające wiedzę o systemach oferowanych w przedmiotowym postępowaniu nie publikują tego rodzaju informacji;*
- 3) według naszej najlepszej wiedzy treści zawarte w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją są znane tylko osobom, które je sporządziły bądź brały udział w przygotowaniu i złożeniu oferty w niniejszym postępowaniu;*
- 4) treści zawarte w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją zawierają szczegółowe opisy techniczne (opisy sposobów działania funkcjonalności), które nie są normalnie dostępne dla użytkowników oprogramowania – sformułowanie takich opisów wymaga szczegółowej wiedzy o zasadach działania systemów i wysiłków w postaci szczegółowego zbadania funkcjonowania systemów, a taka wiedza jest utrzymywana u Podwykonawcy w poufności, zaś Wykonawcy została udostępniona ze wskazaniem, aby Wykonawca zastrzegł je w trybie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”);*
- 5) uzyskanie przez konkurencję Wykonawcy treści zawartych w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją, zdradzających szczegóły funkcjonowania systemów może np. ułatwić działania konkurencji Wykonawcy (tj. doskonalenie własnych, lub tworzenie nowych konkurencyjnych produktów),*
- 6) treści zawarte w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją stanowią swego rodzaju szczegółowy podręcznik (instrukcję) dla zamawiającego, wskazującą, jak samodzielnie przeprowadzić testy określonych funkcjonalności, a zatem stanowią przejaw działalności twórczej, o indywidualnym charakterze, który to przejaw jest ustalony w konkretnej, materialnej postaci (wypełnionych formularzy wraz z załączoną dokumentacją);*
- 7) konkurencja Wykonawcy może być zainteresowana uzyskaniem treści zawartych w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją sformułowanych w twórczy sposób, tak aby np. już bez własnego twórczego nakładu pracy powielić (wykorzystać) w podobnych przypadkach dobrze opracowane sformułowania (sposoby przedstawiania informacji), przesądzające o przystępności, przejrzystości i atrakcyjności z punktu widzenia użytkownika instrukcji zawartych w formularzach wraz z załączoną dokumentacją;*
- 8) z powyższych względów, ujawnienie treści zawartych w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją np. konkurencji*

Wykonawcy mogłoby stanowić dla niej wymierną korzyść i jednocześnie szkodziłoby Wykonawcy, zatem informacje te przedstawiają wartość gospodarczą;

- 9) przygotowane przez Wykonawcę materiały użyte w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją zostały Wykonawcy przekazane nie tylko ze wskazaniem, aby Wykonawca zastrzegł ich nieudostępnianie w trybie art. 8 ust. 3 pzp, ale także z zastrzeżeniem, aby osoby, które będą miały do nich dostęp po stronie Wykonawcy, były zobowiązane do zachowania poufności;*
- 10) również sam Wykonawca zobowiązał wszystkie osoby uczestniczące po stronie Wykonawcy w przygotowaniu materiałów użytych w przedmiotowych wypełnionych formularzach wraz z załączoną dokumentacją do zachowania ich w poufności;*
- 11) mając na uwadze wszystko powyższe stwierdzamy, że przedmiotowe wypełnione formularze wraz z załączoną dokumentacją zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności."*

Według oświadczenia Zamawiającego, wgląd do ofert przedstawiciel Odwołującego uzyskał w dniu 14 kwietnia 2015 r. Jednocześnie Zamawiający odmówił wglądu do części niejawniej oferty wykonawcy Pixel (okoliczność niekwestionowana przez strony).

Zdaniem Odwołującego, ofertę wykonawcy Pixel przeglądał w dniu 3 i 10 kwietnia 2015 r., z wyłączeniem części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie oferty wykonawcy Pixel w zakresie „1. dokumentów zawierających wymagania techniczne i funkcjonalne:

- *Pakiet B*
- *minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)*
- *wykaz wymagań serwery + macierz dla PACS/RIS*
- *Pakiet C*
- *wykaz wymagań serwery + macierz dla PACS/RIS*
- *minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu informatycznego obsługi Zakładu Radiologii (RIS)*
- *minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)*
- *Pakiet G*
- *wykaz wymagań serwery + macierz dla PACS/RIS*
- *minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu informatycznego obsługi Zakładu Radiologii (RIS)*
- *minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)*

- wykaz wymagań parametrów technicznych drukarek termicznych i czytników kodów kreskowych

Pakiet I

- wykaz wymagań serwery + macierz + serwer graficzny dla PACS/RIS

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu informatycznego obsługi Zakładu Radiologii (RIS)

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)

- wykaz wymagań parametrów technicznych drukarek termicznych i czytników kodów kreskowych

Pakiet J

- wykaz wymagań serwery + macierz + serwer graficzny dla PACS/RIS

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu informatycznego obsługi Zakładu Radiologii (RIS)

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)

- wykaz wymagań parametrów technicznych drukarek termicznych i czytników kodów kreskowych

- wykaz wymagań duplikator płyt CD/DVD

- wykaz wymagań stacji diagnostycznej

- wykaz wymagań systemu radiografii pośredniej

Pakiet M

- wykaz wymagań serwery + macierz dla PACS/RIS

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu informatycznego obsługi Zakładu Radiologii (RIS)

- minimalne wymagania funkcjonalne dla systemu archiwizacji danych obrazowych (PACS)

- wykaz wymagań parametrów technicznych drukarek termicznych i czytników kodów kreskowych

- minimalne wymagania dla aparatu DR z jednym detektorem

2. Próbki i dokumentów dotyczących próbki.

Pragniemy zwrócić Zamawiającemu uwagę, iż dokonując oceny ofert zamawiający powinien również dokonać oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Często bowiem faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). Zasadą jest, że oferty są jawne od chwili otwarcia (art. 96 ust. 3 ustawy p.z.p.). Z tego powodu zamawiający powinien niezwłocznie przystąpić

do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje, zaś gdyby miał wątpliwości, jak zakwalifikować informację, powinien żądać od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.”

W piśmie z dnia 15 maja 2015 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego następujący wniosek: „Działając w oparciu o art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej „ustawą”) w związku z pismem z dnia 17.04.2015 roku zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o udzielenie informacji dotyczących czynności podejmowanych w toku badania i oceny ofert w ramach przedmiotowego postępowania. Mając na uwadze powyższe prosimy o podanie informacji, czy Zamawiający odtajnił zastrzeżone w dniu terminu składania ofert informacje zastrzeżone przez wykonawcę Pixel, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa? Jeżeli w ramach przedmiotowego postępowania nastąpiło odtajnienie zastrzeżonych przez Pixel informacji prosimy o wskazanie przedmiotowego zakresu odtajnionej części oferty i umożliwienie nam wglądu w treść tych informacji. Ponadto działając w oparciu o art. 96 ust. 3 ustawy zwracamy się z prośbą o udzielenie informacji, czy firma Pixel w ramach złożonej oferty przetargowej przedłożyła dokument, w którym zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy wykazała, iż zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zarówno zastrzeżenie informacji jak również wskazanie dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa winno nastąpić w dniu upływu terminu składania ofert.”

Po wniesieniu odwołania a przed otwarciem posiedzenia w przedmiotowej sprawie Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, że odtajnił opisy techniczne zawarte w ofercie wykonawcy Pixel na stronach 83-347, przesyłając Odwołującemu odtajnione fragmenty oferty (pismo z dnia 13 lipca 2015 r.).

Zamawiający ustalił szacunkową wartość całego zamówienia na kwotę 9.185.348,78 zł netto. Zamawiający nie szacował wartości zamówienia z podziałem na poszczególne pakiety (protokół postępowania – druk ZP-PN pkt 2 ppkt 2). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która wynosiła 11.297.979,06 zł, nie wyodrębniając kwot przeznaczonych na realizację poszczególnych pakietów (protokół postępowania – druk ZP-PN pkt 8 ppkt 1).

W przedmiotowym postępowaniu ofertę na pakiet I złożył wykonawca Pixel i Odwołujący. Ceny oferty wskazanych wykonawców kształtowały się na poziomie odpowiednio: 349.599,84 zł i 570.775,97 zł. Wykonawca Pixel podłączenie aparatów diagnostycznych do systemów PACS skalkulował na poziomie 1,23 zł (poz. 9). Analogiczną

kwotę zaproponował za przeprowadzenie szkolenia wdrożeniowego dla pracowników (poz. 10). System RIS Przystępujący zaoferował za kwotę 1.230,00 zł.

W § 10 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 płatne będzie w częściach (tj. za każdy pakiet osobno zrealizowany w 100%, po dokonaniu odbioru danego Pakietu – odbiór częściowy).”*

W Formularzu cenowym Zamawiający zawarł tabele dedykowane dla każdego Pakietu, według których należało dokonać kalkulacji ceny za dany Pakiet. Poszczególne kolumny tabeli były opisane w następujący sposób: l.p., typ, model/konfiguracja, ilość, wartość netto (zł), VAT (%), wartość VAT (zł), wartość brutto (zł).

Przystępujący w tabeli dotyczącej Pakietu I w poz. 9 wskazał na podłączenie 7 szt. aparatów diagnostycznych do systemów PACS, podając wartość netto 1,00 zł oraz wartość brutto 8,61 zł.

Krajowa Izba odwoławcza oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Przystępującego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z dokumentów na okoliczność, że cena oferty Przystępującego ma charakter realny mając na uwadze fakt, że przedmiotowa ocena w świetle okoliczności faktycznych sprawy nie jest możliwa, a zatem zaoferowane dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot,

także niebędący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku przez pozbawienie go możliwości realizacji zamówienia wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, którego oferta winna być odrzucona, wykazał możliwość poniesienia szkody, skoro złożył ofertę w ramach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, a mianowicie, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest niższa niż cena oferty Odwołującego pozostaje bez wpływu na powyższą ocenę. Co więcej, pismo z dnia 15 lipca 2015 r. przedłożone przez Zamawiającego nie dowodzi, w ocenie Izby, że Zamawiający nie ma możliwości ewentualnego podwyższenia rzeczony kwoty do wysokości ceny oferty Odwołującego w przypadku uznania jej za najkorzystniejszą. Jest to jedynie oświadczenie jednego ze szpitali, na rzecz których Zamawiający prowadzi postępowanie.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, wysokość budżetu Zamawiającego na realizację zamówienia nie determinuje legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej

przez wykonawców. Przedmiotowa okoliczność może jedynie stanowić o podstawie unieważnienia postępowania w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odcodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W obecnym stanie prawnym, czego Odwołujący nie dostrzegł, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do

wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Na tym tle powstaje pytanie, w jakim terminie należy złożyć odwołanie wobec zaniechania odtajnienia części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, skoro oferty są jawne od chwili ich otwarcia (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp), a zamawiający na wniosek wykonawcy w przedmiocie udostępnienia ofert, komunikuje wykonawcy, że przysługuje mu prawo do wglądu jedynie w części jawnej, z wyłączeniem części zastrzeżonej, to należy uznać, że zamawiający wyartykułował swoją decyzję i stosunek wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i od tej daty należy liczyć termin do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie miałoby uzasadnienia w świetle obowiązującego stanu prawnego, ale prowadziłoby również do sytuacji, w której wykonawcy samodzielnie decydowaliby o terminie wniesienia odwołania składając kolejne wnioski o udostępnienie zastrzeżonych informacji. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw, aby termin do wniesienia odwołania w tym przedmiocie liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której zamawiający udostępniając część jawną oferty, jednocześnie odmawia wglądu do części zastrzeżonej, a więc w okolicznościach zmanifestowania swojego stanowiska. W tym przedmiocie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez SO w Przemysłu w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący po otwarciu ofert, wołał Zamawiającego, uzyskał dostęp do oferty Przystępującego jedynie w części jawnej i miało to miejsce w kwietniu 2015 r. Co prawda Odwołujący domagał się zmiany stanowiska Zamawiającego, kierując kolejne wnioski o odtajnienie wspomnianej oferty, ale informację o zastrzeżeniu oferty i utrzymaniu tego zastrzeżenia przez Zamawiającego Odwołujący uzyskał już w kwietniu 2015 r. i od tej daty należało liczyć termin do wniesienia odwołania w przedmiotowej kwestii. Zwrócić należy uwagę, że skoro Zamawiający, wedle oświadczenia Odwołującego, dwukrotnie odmawiał dostępu do części zastrzeżonej oferty, to nie sposób twierdzić, że stanowisko Zamawiającego budziło jakiegokolwiek wątpliwości. Zamawiający już w treści SIWZ zwrócił uwagę wykonawcom, że w przypadku braku zastrzeżenia poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa będzie na wniosek wykonawców dokonywał odtajnienia danej

oferty. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za spóźniony i z tych względów niepodlegający rozpoznaniu.

Niezależnie od powyższego, gdyby nawet doszło do rozpoznania tego zarzutu, to na marginesie wskazać należy, że nie mógłby zostać on uznany za trafny. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia oferty Przystępującego winien wykazać, że uzasadnienie tego zastrzeżenia jest niewystarczające dla uznania skuteczności rzezonego zastrzeżenia lub informacje, których poufność została zastrzeżona nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Analiza treści odwołania skłania do wniosku, że Odwołujący tego ciężaru nie udźwignął.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący objął zastrzeżeniem „przedmiotowo wypełnione formularze”, co rodzi wątpliwości Odwołującego względem zakresu i przedmiotu zastrzeżenia. Otóż zauważyć należy, czego Odwołujący nie dostrzegł, że objęta tajemnicą przedsiębiorstwa jest określona część oferty, oznaczona numerami stron, a mając na względzie treść SIWZ i wiedzę, które informacje są jawne, nie sposób przyjąć, że nie jest wiadomym co w istocie zostało zastrzeżone. Stanowisko Odwołującego jest również nieuprawnione i z tego powodu, że w korespondencji kierowanej do Zamawiającego Odwołujący wprost specyfikuje dokumenty i informacje, których odtajnienia oczekuje, a które dotychczas pozostawały zastrzeżone z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do dokumentu *Oświadczenia* z dnia 31 stycznia 2014 r., w którym Przystępujący wskazał powody, dla których objął tajemnicą przedsiębiorstwa określone dokumenty, Odwołujący wskazał jedynie, że zawiera lakoniczną argumentację i na tym poprzestał. W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, że Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego wynikającym z treści wspomnianego *Oświadczenia*.

Tymczasem Przystępujący wskazał, że sporne formularze zostały przygotowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a treści w nich zawarte nie były dotychczas upubliczniane, znane są one ściśleму kręgowi osób, które zobowiązane są do zachowania ich w poufności, zaś przedmiot tych informacji, stanowiący opisy techniczne oraz opisy sposobów działania określonych funkcjonalności zaliczany jest do wiedzy o zasadach działania systemów, w tym tych konkretnych, ujawnienie więc tych informacji prowadziłoby do uszczerbku po stronie Przystępującego i powstania wymiernych korzyści dla Odwołującego.

Analizując więc powyższe *Oświadczenie* przez pryzmat definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z którą przez „tajemnicę przedsiębiorstwa” rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których

przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.) należy dojść do przekonania, że istnienie tych okoliczności Przystępujący wykazał. Zwrócił bowiem uwagę na zaistnienie trzech przesłanek, warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zaś Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił okoliczności przeciwnych.

Po pierwsze więc Odwołujący nie wykazał, że uzasadnienie zastrzeżenia części oferty przez Przystępującego nie daje podstaw do przyjęcia, iż istnieją podstawy do objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (czyli, że jest niewystarczające do stwierdzenia tej okoliczności), pod drugie zaś, nie wykazał ewentualnie, że te konkretne formularze zawierają takie treści, które powinny być zachowane w poufności. Odwołujący ograniczył się w istocie do omówienia obowiązków Zamawiającego, w części nieadekwatnych do obowiązującego stanu prawnego (Zamawiający nie ma bowiem obowiązku wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia powodów zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa), nie wykazując jednocześnie, że Zamawiający uchybił tym obowiązkom, bowiem niezasadnie uznał, iż istnieją podstawy do zastrzeżenia części oferty Przystępującego ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. W istocie argumentacja Odwołującego w znacznej części sprowadza się do prezentowania stanowiska orzecznictwa w przedmiotowej sprawie, jednakże bez osadzenia jej w danym stanie faktycznym, nie może mieć doniosłego znaczenia prawnego.

Wskazywana przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, iż data sporządzenia *Oświadczenia* wskazuje, że nie zostało ono przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania nie mieści się w zakresie zarzutu, który na gruncie ustawy Pzp należy rozumieć jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych, stąd też nie powinna być przedmiotem oceny przez Izbę (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Na marginesie wskazać jedynie należy, że biorąc pod uwagę pierwotny termin składania ofert i jego kolejne zmiany nie powinno budzić wątpliwości, że rzeczony *Oświadczenie* zostało sporządzone w styczniu, w sobotę. Zaś, oznaczenie roku należy uznać za, jak uczy doświadczenie życiowe, omyłkę, która często jest popełniana z początkiem danego roku (często, niejako automatycznie, wpisywany jest rok poprzedni zamiast bieżącego).

W tych okolicznościach zarzut zaniechania odtajnienia części oferty Przystępującego, niezależnie od uchybienia terminowi do jego wniesienia, również z przyczyn merytorycznych nie zasługiwałby na uwzględnienie.

Okoliczność odtajnienia części oferty Przystępującego przez Zamawiającego po

wyborze oferty najkorzystniejszej a przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie, zdaniem Izby, nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania. Stoi temu na przeszkodzie przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Skoro Zamawiający odtajnił część oferty, to w tym zakresie przedmiot sporu przestał istnieć, a więc nie ma podstaw do jego rozstrzygnięcia.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stwierdzić należy, że okazał się niesłuszny.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).

Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji konstytuują więc następujące elementy:

- 1) aktywność w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 u.z.n.k.),
- 2) sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) zagrożenie naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z wystąpieniem zaś deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. będziemy mieć do czynienia w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez
- 2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu
- 3) eliminacji innych przedsiębiorców.

W tym względzie nie można również pominąć, że obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Odkodowując normę zawartą we wskazanym przepisie, zdaniem Izby, należy dojść do przekonania, że jedynie działanie, jakim jest złożenie oferty może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji.

Na tle przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przypisanie Przystępującemu czynu nieuczciwej konkurencji byłoby możliwe w sytuacji, w której złożenie oferty jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, przez co stanowi zagrożenie naruszenia interesu innego przedsiębiorcy. Odwołujący przedstawiając swoje stanowisko w tym przedmiocie w istocie ograniczył się stwierdzenia, że ceny z poz. 7, 9 i 10 Formularza ofertowego w zakresie pakietu I stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem zaoferowane ceny nie mają charakteru realnego. W ocenie Izby, przedstawione stanowisko pokazuje raczej, że Odwołujący zmierza do wykazania, że Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską niż, że popełnił czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, próba zakwestionowania wyceny elementów składowych ceny nie może prowadzić do stwierdzenia, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Wydaje się, że nawet zaniżenie kalkulacji pewnych elementów cenotwórczych nie narusza dobrych obyczajów, a już tym bardziej nie godzi w interesy innego przedsiębiorcy, w sytuacji, gdy Odwołujący nie wykazał, że skalkulowanie ceny oferty na określonym poziomie wywołuje możliwość naruszenia tych interesów. Przyjęcie stanowiska Odwołującego w istocie prowadziłoby do zaprzeczenia zjawisku konkurencji, a przecież ta, jeśli uczciwa, objęta jest ochroną.

Analogiczne spostrzeżenia należy wypowiedzieć na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., gdzie samo zaoferowanie towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia nie jest zakazane, jeśli nie ma na celu utrudniania dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczności tej zaś Odwołujący nie wykazał.

Ponadto, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący poza stwierdzeniem, że nie jest możliwe zaoferowanie określonych usług czy określonych towarów po cenach zaproponowanych przez Przystępującego nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, nie mówiąc już o wykazaniu skutków tego działania, co na gruncie powołanych wyżej przepisów jest niezbędne. Odwołujący podając, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w przedmiocie wysokości zaproponowanej ceny nie są przekonywujące, sam nie przeprowadził żadnego wyводу, a tym bardziej dowodu, zmierzającego do wykazania, że cena ta została skalkulowana przez Przystępującego w sposób wadliwy.

Ocena działań Przystępującego przez pryzmat skalkulowania na określonym poziomie cen częściowych, zdaniem Izby, jest nieuzasadniona i z tej przyczyny, że rozliczenie za wykonanie zamówienia będzie następowało po zrealizowaniu danego Pakietu, a nie jakiejś jego części (§ 10 wzoru umowy). W tych okolicznościach nie sposób uznać, że kalkulacja cen częściowych na poziomie określonym przez Przystępującego zagraża interesom Odwołującego lub ma na celu eliminację Odwołującego z rynku.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp to stwierdzić należy, że stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony domaga się on bowiem odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej, z drugiej zaś dostrzega, że Przystępujący nie został wezwany w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a jedynie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co zdaniem Odwołującego, i stanowisko to należy uznać za słuszne, stoi na przeszkodzie stwierdzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wykreował dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w okolicznościach

tam określonych. Zrealizowanie przedmiotowego obowiązku i dokonanie negatywnej oceny wyjaśnień wykonawcy, złożonych w tym trybie, może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zaniechanie czynności zmierzających do uzyskania rzeczonych wyjaśnień albo też wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) nie może spowodować skutku, o którym mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, wiedza wykonawcy co do rygoru składanych wyjaśnień, jak również wyraźne odróżnienie przez ustawodawcę wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie daje podstaw do wyciągnięcia względem wykonawcy konsekwencji z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji braku wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że żądanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny jest nieusprawiedliwione już z tej przyczyny, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co warunkuje możliwość dokonania wspomnianej czynności.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien ocenić wyjaśnienia złożone przez Przystępującego i uznać, że nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem konieczne jest zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że brak podstaw do oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez pryzmat art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że złożone wyjaśnienia podlegają ocenie w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomijając też, czego Odwołujący nie dostrzegł, a co istotne, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie obejmowało Pakietu I, stwierdzić należy, że Odwołujący nie podjął żadnej polemiki z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, a ograniczył się jedynie do konstatacji, że ceny jednostkowe z poz. 9 i 10 są rażąco niskie, a mając na względzie ich znaczenie dla całości zamówienia, cenę za przedmiot zamówienia należy ocenić jako rażąco niską. W tych okolicznościach nie sposób, nawet gdyby próbować dokonać analizy tych wyjaśnień, co nie jest możliwe z przyczyn, o których była mowa wyżej, dojść do przekonania prezentowanego przez Odwołującego. Odwołujący zaniechał w tym przedmiocie przeprowadzenia jakiegokolwiek kontrinicjatywy dowodowej, a nawet przedstawienia szczegółowych wywodów.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby przyjąć, że wskazywane przez Odwołującego ceny jednostkowe zostały zaniżone, to w okolicznościach niniejszej sprawy bez wykazania, że cena za wykonanie zamówienia nie ma charakteru realnego, nie jest możliwe stwierdzenie zaferowania ceny rażąco niskiej. Zdaniem Izby, sposób kalkulowania cen jednostkowych, w sytuacji, w której rzeczony ceny nie mają znaczenia dla postępowania, nie stanowią bowiem kryterium oceny ofert i nie jest możliwe uzyskanie wynagrodzenia za realizację Pakietu I bez wykonania wskazywanych elementów

częstkowych, nie ma znaczenia dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny, a w każdym razie dopóty dopóki nie zostanie wykazane, że przez rzekome zniżenie tych cen w konsekwencji cena końcowa jest nierealna. Jednakże takiej okoliczności Odwołujący nie wykazał, nie zaprzeczył bowiem skutecznie wyjaśnieniom Przystępującego.

Dalej zauważyć należy, że Odwołujący dostrzegając potrzebę zainicjowania przez Zamawiającego postępowania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w żaden sposób swojego stanowiska nie uzasadnił, co w konsekwencji nie może prowadzić do osiągnięcia przez Odwołującego pożądanego rezultatu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że przeprowadzenie dowodów zaofiarowanych przez Przystępującego na okoliczność zaoferowania ceny realnej nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do konieczności wyjaśnienia (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) albo poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego oferty Przystępującego, dotyczącej Pakietu I stwierdzić należy, że struktura tabeli przeznaczonej dla kalkulacji ceny oferty w ramach danego Pakietu ze względu na obowiązek wskazania wartości netto bez wskazania ceny jednostkowej mogła budzić wątpliwości, na co zwrócił uwagę również sam Zamawiający, bowiem powszechne jest, że jedną z podstawowych informacji, jaką podaje się przy kalkulacji ceny jest właśnie cena jednostkowa produktu/usługi. Zatem, w ocenie Izby, Przystępujący miał uzasadnione podstawy przypuszczać, że Zamawiający oczekuje w kolumnie wartość netto w istocie podania ceny jednostkowej. Jednocześnie konsekwencja Przystępującego i podanie we wszystkich pozycjach tabel cen jednostkowych netto pozwala na stwierdzenie, że mamy do czynienia nie z wartością netto a z ceną jednostkową netto, a wartość brutto została podana prawidłowo. Sposób wypełnienia tabeli nie tyle jest wynikiem omyłki, ale uzasadnionej interpretacji co do sposobu wypełnienia rzeczony tabeli. Zatem, w tych okolicznościach ww. zarzut okazał się nieuzasadniony.

Sygn. akt: KIO 1403/15

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pixel w ramach części J i M zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez nieodrżucenie oferty wykonawcy Pixel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrżucenie oferty wykonawcy Pixel, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części J i M (pakietów) niniejszego postępowania,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w ramach części J i M (pakietów),
- 3) odrzucenie oferty złożonej w ramach części J i M (pakietów) niniejszego postępowania przez wykonawcę Pixel w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł również o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w zakresie części J i M niniejszego zamówienia, w formularzu ofertowym wykonawca Pixel wskazał w ramach pozycji 14 i 15 (dla pakietu J) oraz w ramach pozycji 9 i 10 (dla pakietu M) ceny, których zaoferowanie uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wyjaśnił, że pozycja 14 dla pakietu J oraz pozycja 9 dla pakietu M odnosiła się do podłączenia aparatów diagnostycznych do systemów PACS, natomiast pozycja 15 dla pakietu J oraz pozycja 10 dla pakietu M dotyczyła szkolenia wdrożeniowego dla pracowników Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, zarówno wycena pozycji 14 i 9, jak i pozycji 15 i 10 na poziomie 1,23 zł brutto jest zdecydowanie zaniżona.

Jeśli idzie o rozważania natury prawnej poczynione przez Odwołującego na gruncie sformułowanych zarzutów, a zawarte w treści odwołania to stwierdzić należy, iż są one tożsame z tymi, które zostały wyartykułowane w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt: KIO 1401/15. Biorąc zaś pod uwagę, że oba odwołania rozpoznawane są łącznie w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego powielanie tożsamej treści uzasadnienia należało uznać za bezprzedmiotowe.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu ofertę na pakiet J i M złożył wykonawca Pixel i Odwołujący. Ceny oferty wskazanych wykonawców kształtowały się na poziomie odpowiednio: 716.577,77 zł i 854.937,39 zł (w ramach pakietu J) oraz 999.655,98 zł i 1.160.992,85 zł (w ramach pakietu M). Wykonawca Pixel podłączenie aparatów diagnostycznych do systemów PACS skalkulował na poziomie 1,23 zł (poz. 14 dla pakietu J,

poz. 9 dla pakietu M). Analogiczną kwotę zaproponował za przeprowadzenie szkolenia wdrożeniowego dla pracowników (poz. 15 dla pakietu J, poz. 10 dla pakietu M).

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Pixel, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia sposobu kalkulacji określonych cen, wskazując, że *„CHAZON System RIS (Pakiet C, G, M) został przez Państwa wyceniony na kwotę 1000,00 zł netto podczas gdy w innych ofertach cena tego systemu jest kilkadziesiąt razy wyższa w związku z tym zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowego sposobu skalkulowania ceny tego elementu zamówienia, podobnie też zamawiający powziął wątpliwość, co do sposobu wyceny zawartych w Państwa ofercie szkoleń (1 zł netto) i podłączenia aparatów diagnostycznych przy pomocy interfejsu DICOM (1 zł netto).”*

W odpowiedzi (pismo z dnia 2 czerwca 2015 r.) wykonawca Pixel podał: *„W zakresie prawidłowego skalkulowania ceny systemu RIS, szkoleń i podłączenia aparatów diagnostycznych przy pomocy interfejsu: Informujemy, że powyższe ceny zostały skalkulowane z pełną starannością oraz potwierdzamy ich prawidłowość. Wysokość cen wynika z polityki licencyjnej prowadzonej przez Pixel Technology s.c. zgodnie z którą koszt licencji systemu RIS w przypadku sprzedaży jednocześnie systemu PACS oraz RIS jest zgodny z sumą podaną dla pakietów C, G, M, J, I. Cena licencji systemu RIS w przypadku samodzielnej sprzedaży bez licencji systemu PACS jest wyższa. Cena oferowanej licencji systemu PACS zawiera w sobie koszt szkoleń użytkowników oraz koszt podłączeń aparatów diagnostycznych przy pomocy interfejsu DICOM. Wysokość podanych kwot wynika z konieczności wypełnienia tabeli w formie przygotowanej przez Zamawiającego. Dodatkowo zgodnie z odpowiedzią na pytania Wykonawca miał skalkulować koszt podłączenia urządzeń po stronie systemu PACS. Jednocześnie chcemy zauważyć, że sumaryczna wysokość oferty dla poszczególnych pakietów nie odbiega znacząco od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu a różnice w poszczególnych elementach kalkulacyjnych ceny między ofertami nie mogą dowodzić rażąco niskiej ceny (KIO/UZP 860/08).”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na względzie okoliczność, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego w całości odpowiadają tym, jakie sformułował Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1401/15, analogiczna jest też argumentacja przytoczona w celu ich poparcia, stwierdzić należy, że rozważania Izby uczynione na kanwie rzeczonych zarzutów w sprawie o sygn. akt: KIO 1401/15 zachowują aktualność, zatem nie ma potrzeby ich przywoływania po raz kolejny w tym miejscu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....